SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 10 y 16 minutos.)

–No hay asuntos entrados.

Por otra parte, queremos plantear una cuestión formal. Sabemos que en el día de hoy no va a concurrir la señora Senadora Moreira, pero sí está en la Antesala su asesora, la doctora Ferraris, quien aspira a presenciar la sesión de la Subcomisión. La disposición reglamentaria dice que los asesores vienen con el Senador a quien asesoran; esa es la regla. Sin embargo, la Presidencia no ve inconveniente en que, si la Subcomisión lo entiende pertinente, se permita el acceso de la doctora Ferraris aunque no concurra la señora Senadora Moreira.

Someto este planteo a consideración de los integrantes de la Subcomisión para adoptar una decisión.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota:)

–3 en 3. **Afirmativa.** UNANIMIDAD.

En consecuencia, se permite el acceso de la doctora Ferraris a la Subcomisión.

(Ingresa a Sala la doctora Ferraris.)

(Ingresan a Sala los integrantes de la Comisión Redactora del Código del Proceso Penal.)

–La Subcomisión de Reforma del Código del Proceso Penal recibe a la doctora Berezán y al doctor Real, a quienes agradece nuevamente la colaboración que están prestando a nuestro trabajo.

En la sesión anterior habíamos llegado hasta el artículo 83, de manera que en el día de hoy vamos a comenzar nuestro trabajo en el artículo 84, que refiere a los derechos y facultades de la víctima. Al respecto, había alguna propuesta del señor Senador López Goldaracena, por lo que voy a pedirle que exponga su parecer sobre este punto.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Lo que mencionaré está en el material que se le hizo llegar a la Comisión Redactora y a los demás integrantes de la Subcomisión.

Básicamente, en relación con el artículo 84 y otros aspectos de este proyecto de ley, la propuesta consiste en darle más participación a la víctima durante el proceso. Dicha propuesta no se relaciona únicamente con el artículo 84, sino también con el formato de actuación en el artículo 272 –que creo corresponde al contenido de la audiencia preliminar, aunque eso todavía no fue redactado o puesto en conocimiento de la Comisión Redactora–, y establece la posibilidad, como le adelanté al señor Presidente de la Comisión, de que si el Fiscal llegara a pedir el sobreseimiento para compadecer con el principio de que la víctima tiene que ser oída y esta, de alguna manera, pueda adquirir un rol solicitándole al Juez la condena por el delito, aunque llegado el caso el Fiscal pida el sobreseimiento. Es algo que abordaremos en su momento.

No quiero utilizar este momento para hablar, sino que quisiera escuchar la opinión de la Comisión Redactora sobre las facultades que propusimos en relación con la intervención de la víctima en el procedimiento, como acceder a las actuaciones, participar en la diligencia, solicitar medios de

prueba y, de alguna manera, establecer el concepto ampliado de víctima que también se menciona en otros artículos.

Aprovecho para preguntar sobre esa posibilidad. En el formato actual del Código, en caso de que el Fiscal pida el sobreseimiento, el Juez tiene que archivar el expediente. Tal cual está previsto ese aspecto, no se compadece con el principio de que la víctima sea oída antes de que el Juez dicte la sentencia –es mi humilde opinión–, porque si se pide el sobreseimiento y hay que archivar el expediente, de qué sirve escuchar a la víctima antes de dictar la sentencia. Creo que se trata de un tema político, no jurídico. Nosotros proponemos que, en caso de que el Fiscal pida el sobreseimiento, el Juez escuche a la víctima y esta pueda pedirle al Juez que se condene por el delito. En ese caso, no habiendo discursos encontrados entre el Fiscal y la víctima, el Juez tiene que resolver, pero el expediente no va de pleno al archivo.

No lo planteo como algo puntual, aunque en realidad sí lo es porque está relacionado con la participación de la víctima en el proceso. Nuestra idea es darle un poquito más de participación.

Desde ya agradezco a la Comisión Redactora por el trabajo realizado; no es un agradecimiento personal sino para todo el colectivo, porque es una tarea que venimos realizando juntos desde el año 2006, con diversos actores a lo largo de este proceso. El trabajo que ha hecho la Comisión Redactora ha sido excelente. No había tenido la oportunidad de agradecérselo porque, por distintas circunstancias, no pude estar presente en las demás ocasiones en que vinieron a hacer la devolución.

SEÑORA BEREZÁN.- Voy a empezar por lo concreto.

La propuesta planteada por el señor Senador López Goldaracena, que mejora la redacción del artículo 84, por supuesto que la compartimos, porque realmente perfecciona lo que allí se dice, en términos muy concretos, muy breves. Sin duda, una mejor redacción siempre aporta a la claridad del texto.

Lo único que queremos indicar –suponemos que fue una omisión– es que no debe omitirse el literal que hace referencia a que la víctima debe ser oída por el tribunal. La propuesta que nos llegó termina justamente en el literal anterior.

Por lo tanto, a ese respecto no tenemos ningún inconveniente, sino que, por el contrario, nos parece que mejora muchísimo la redacción del texto.

En cuanto a nuestra posición sobre un pedido de sobreseimiento y a escuchar a la víctima –donde daría la impresión de que estaríamos ante posturas contradictorias–, me gustaría que, si el señor Presidente está de acuerdo, lo explicara el doctor Real, ya que nos desviaríamos un poco del tema.

SEÑOR REAL.- Destaco que hubo una muy larga discusión con relación al rol de la víctima en el proceso que diseñamos en la Comisión. Existía consenso con respecto a la necesidad de que la víctima tuviera una participación mayor que la muy poca que le asigna el CPP actual. Se pretendió darle derechos, pero no el carácter de parte –esa fue una definición de la Comisión–, manteniendo en el ámbito del Ministerio Público la titularidad de la acción. Podría decir que esa opinión prácticamente contó con la unanimidad de los miembros de la Comisión. En lo personal, al igual que la doctora Berezán, comparto esa posición.

Creo que la situación del literal f), en particular, está referida al pedido de sobreseimiento de la defensa, que no obliga al Juez. Está previendo la posibilidad del pedido de sobreseimiento antes de la acusación Fiscal por parte de la defensa, en función de la configuración de causas de impunidad o de justificación e, incluso, con relación a la inexistencia de pruebas suficientes o al agotamiento de la instrucción que no conduzca a la formación de plena prueba. Entiendo que deberíamos interpretar esta facultad de la víctima de ser oída en esas hipótesis. Como el señor Senador bien decía, cuando el Fiscal pide el sobreseimiento la víctima puede ser escuchada pero sería una especie de derecho al

pataleo porque, en realidad, ese pedido del Fiscal sería vinculante. Sentimos que el derecho de la víctima está debidamente protegido por el Ministerio Público que tiene un rol definido en el proceso, que es el de parte, de titular de la acción penal. La hipótesis planteada sería una suerte de transferencia de esta titularidad que nosotros no manejamos y personalmente creo que no sería conveniente. Me parece que el inciso está previsto para esa situación específica.

No sé si logré transmitirle con claridad nuestra opinión y cómo fue el proceso histórico en el ámbito de la Comisión.

SEÑOR PRESIDENTE.- De manera que para que este literal f) del artículo 84 del proyecto de ley del Poder Ejecutivo exprese claramente la posición de la Comisión, debería decir: «Ser oída por el tribunal antes de dictar resolución sobre el pedido de sobreseimiento de la defensa». De esta forma se despeja toda duda al respecto.

SEÑORA BEREZÁN.- Como acaba de decir el señor Senador, no llegamos acá porque sí, dado que comenzamos este proceso en el año 2006.

Cuando empezamos el estudio de lo que terminó siendo este proyecto de ley, advertimos que todos los códigos de la región con los que nos manejamos incluyen la figura del querellante, la conversión de la persona en el acusador público. Discutimos esto durante meses y la posición mayoritaria de la Comisión –aunque no unánime– fue no entrar en la figura del querellante en virtud de varios argumentos, uno de los cuales tenía que ver con la posición de la víctima, que en esa situación se convierte en acusador público. Al no darle esa oportunidad, lo que tratamos de hacer –lo mejor que pudimos– fue tener toda la previsibilidad posible a fin de que estuviera amparada en todos sus derechos. Como señalaban el señor Presidente y el doctor Real, el pedido de sobreseimiento solo es vinculante si viene a instancia del Ministerio Público, pero no está de más aclarar que en este caso sea cuando es a pedido de la defensa.

En definitiva, analizamos este tema pero no llegamos a un acuerdo. No podemos cambiar de opinión porque, de alguna manera, seguimos vinculados a nuestros representados.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si bien sobre este tema ya tenemos la opinión de la Comisión Redactora y corresponde seguir adelante –sin perjuicio de que luego resolverá sobre el punto esta Subcomisión o la propia Comisión de Constitución y Legislación del Senado–, quiero decir que tengo anotado que el señor Senador Nin Novoa había planteado sus dudas acerca de la pertinencia de eliminar el inciso segundo del actual artículo 81 del Código del Proceso Penal, que dice: «Cuando el perjudicado por el delito sea el Estado, esta gestión estará a cargo de los Fiscales de Hacienda en la capital y Letrados Departamentales en el interior de la República». Creo que «esta gestión» se refiere a la posibilidad de promover la adopción de medidas cautelares y esto no estaría contemplado en el proyecto, por lo que de ahí viene la consulta que formuló el señor Senador Nin Novoa y que ahora traslado.

SEÑOR REAL.- Creo entender que lo que el señor Senador Nin Novoa planteó fue que esa norma que hoy está vigente en el Código del Proceso Penal no fue reiterada en el proyecto y podría ser incorporada a una disposición de este proyecto que no sé cuál es.

SEÑOR PRESIDENTE.- Estamos tratando lo que tiene que ver con la víctima o lo que el Código llama «damnificado por el delito». Sobre ese punto, el Código vigente prevé qué es lo que pasa cuando el perjudicado por el delito –repito, como dice el artículo 81– sea el Estado. Como no advertimos en ese momento una previsión similar en el proyecto, en definitiva la pregunta es qué pasa cuando el perjudicado es el Estado, quién puede pedir en su nombre las medidas cautelares. Queremos saber si se entiende conveniente resolverlo aquí en el proyecto o dejarlo librado a otras normas que dispongan quién debe actuar por el Estado según los distintos casos.

Esa fue la consulta formulada por el señor Senador Nin Novoa y que quería trasladar en este momento.

SEÑOR REAL.- No hemos incluido ese aspecto y, realmente, no recuerdo siquiera que lo hayamos tratado. Debería interpretar ese silencio como que entendimos que no era necesario, aunque no estoy muy seguro y hasta es probable que ello se deba a que no lo tuvimos presente. De todos modos, la solución está hoy en las normas generales, pero seguramente sería bueno que se incluyera a texto expreso quiénes podrían representar al Estado. Tal vez, con una norma de ese tipo también podríamos acotar la posibilidad del Estado de actuar representado por quien entienda en el caso; eso tendrá que ver con cuál dependencia del Estado haya sido afectada.

En definitiva, creo que se trata de una decisión de naturaleza política en el sentido de resolver la conveniencia, de si vale la pena una norma específica o no. La verdad es que no puedo recomponer la historia en la Comisión con respecto a por qué no se contempló ese aspecto, y realmente no recuerdo que hayamos discutido el tema y lo hayamos omitido intencionalmente.

SEÑOR PRESIDENTE.- Entonces, sobre este punto me permito sugerir una consulta al Fiscal de Corte, a los efectos de saber quién debería ser a su juicio el que represente al Estado en este caso, por lo que quedaríamos a la espera de su respuesta.

El próximo artículo que teníamos para consultar a la Comisión Redactora es el 89, pero antes había anotado algo con respecto al 88 –que trata sobre la instancia de parte– con relación a los legitimados para instar. En lo personal, había pensado en hacer una equiparación entre este orden de llamamiento –por decirlo de algún modo– del artículo 88 con el artículo 83.1. De repente, podría ser una buena solución tener a los mismos llamados y en el mismo orden, a fin de evitar discordancias. Habría que encontrar una redacción común apropiada, pero el criterio sería equiparar la representación de la víctima con los legitimados para instar.

SEÑORA BEREZÁN.- Este artículo se mejoró. Incluso, creo recordar que hubo observaciones de los señores Senadores López Goldaracena y Rosadilla con relación a los hijos adoptivos. Me parece que sí, que sería bueno unificar el criterio.

SEÑOR REAL.- Como criterio general, parece razonable y no veo obstáculos. Puede ser que el artículo 88 haya entrado en alguna casuística más específica; por ejemplo, cuando refiere a los hijos respecto a los padres dice «cuando estos sean incapaces». Esto no lo dice la redacción 83, que ya sabemos que debe ser modificada. Entonces, creo que es buena cosa encontrar una redacción común y lo suficientemente abarcativa.

SEÑOR PRESIDENTE.- Pasamos al artículo 89, respecto al cual el señor Senador Nin Novoa había hecho una propuesta: agregar como segundo inciso el párrafo segundo del artículo 17 del Código del Proceso Penal vigente e incorporar el vocablo «presunto» antes de «autores, cómplices», etcétera.

SEÑOR REAL.- En cuanto al agregado propuesto, parece que la pretensión es que se realice una mayor especificación. Es difícil que una instancia se deduzca sin indicar contra quién se hace, a qué persona se indica como eventual autor del delito. Incluso, podría ocurrir que no se pudiera indicar porque no se conoce al autor, pero sí se puede tener datos o caminos para conducir la investigación. Creemos que esa también sería una forma de instar, salvo que se entienda que para que la instancia se pueda ejercer efectivamente tenga que estar individualizado el agente del delito. Sabemos que muchas veces eso no ocurre, por ejemplo en delitos o atentados sexuales callejeros, en los que las víctimas solo dejan constancia a efectos de facilitar la investigación posterior porque no pueden individualizar al denunciado. También allí creo que se trata de una cuestión de definición y nosotros optamos por utilizar una fórmula que tuviera lo imprescindible, lo que entendíamos que debía estar. El resto puede ser útil, no lo descarto, pero creo que tal vez deje afuera algún tipo de situación práctica. Se podría decir que se hace una denuncia, luego la investigación, eso conduce a un sujeto eventualmente imputado del delito que se denuncia y, una vez que se ha individualizado, y solo entonces, debe deducirse la instancia aportando los datos. En realidad, sería que el que insta está informado de la investigación para luego incorporar formalmente a su denuncia los datos de la persona que resultó imputada de la investigación; no lo sé.

Creemos que desde el punto de vista práctico se han incluido como contenido de la instancia aquellos elementos mínimos que deben estar. En cuanto al resto, si se entiende del caso incorporarlos, no habría ninguna objeción de principio ni mucho menos, pero nos parece que con estos permitimos que la instancia cumpla con su rol funcional, cubriendo la mayor cantidad de posibilidades.

SEÑOR PRESIDENTE.- De cualquier manera, el inciso segundo del artículo 17 del Código vigente dice: «Si se conocen los autores, cómplices o encubridores», etcétera. O sea que no habría mayor problema y pienso que no merece que nos detengamos en el punto.

SEÑORA BEREZÁN.- En el material que nos enviaron, tanto el señor Presidente como el señor Senador López Goldaracena intercambiaron consideraciones sobre si los datos que se aportan refieren a los que insta o a la persona representada. Refiere a las dos circunstancias; si la víctima soy yo directamente o si es mi hijo menor, los datos son personales y del representado, llegado el momento. De todas maneras, en el texto estaba claro; hice el comentario solo por las dudas.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quería hacer una consulta sobre el artículo 102, relativo al principio de oportunidad. En el primer párrafo del 102.1 se dice: «El Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, en los siguientes casos:». A mi juicio, los literales a) y c) podrían fundirse en uno solo porque se refieren prácticamente a lo mismo: a «delitos de escasa entidad», como reza el literal c). O sea que al comienzo de este último literal habría que zurcir las dos circunstancias previstas en el literal a): que no se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones ni tampoco de penas mínimas que superen los dos años de privación de libertad. Pero, en definitiva, delitos de escasa entidad o que no comprometan gravemente el interés público es lo mismo.

SEÑORA BEREZÁN.- Sí, la única diferencia es el eventual sujeto activo; en un caso previmos específicamente que fuera un funcionario público, y en el otro, sería un privado. Lo que plantea el señor Presidente es totalmente coherente.

SEÑOR PRESIDENTE.- Entonces, podríamos fundir esos casos en la misma hipótesis, redactando un literal a) que los abarcara.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Precisamente, sobre el artículo 102, quisiera aprovechar para preguntar a los integrantes de la Comisión Redactora acerca de una reflexión que realizamos en el momento de la discusión.

Vamos a ponernos en el lugar de la víctima. En cuanto al Fiscal, coincido plenamente con la propuesta de blanquear los delitos de bagatela; incluso concuerdo con la redacción y estuve de acuerdo con lo que planteó el señor Presidente en su momento en el seno de la Comisión. Pero supongamos que para la víctima sea importante que exista determinado tipo de justicia que quiere que se aplique una pena. No planteo que se traslade a la víctima ni que se la coloque en el plano de un querellante; nuestra propuesta no es que el Código incorpore la figura del querellante, pero sí que la víctima tenga facultades para poder expresarse ante el Juez cuando el Fiscal pide determinados actos que pudieran ir contra su legítimo interés. Quizás, en cuanto a la medida sobre el interés público, la percepción que puede tener la víctima directa de ese delito pudiera no ser la misma, y todos vemos que en la práctica a veces es así.

En síntesis, quiero preguntarles su opinión no solo sobre el principio de oportunidad –con el que estamos de acuerdo–, sino en cuanto a cómo participaría la víctima cuando el Fiscal ejerce ese principio de oportunidad.

SEÑOR REAL.- Como sucede en todos estos temas, a veces los caminos son encontrados y hay que optar por uno de ellos. En este caso elegimos uno que, si se quiere, tiene como fundamento ideológico que no todos los delitos agreden al conjunto de la trama social; esa visión del principio oficialista de que, de alguna manera, todos los delitos atacan a la sociedad –doctrina que viene siendo abandonada en el mundo en general–, ha sido en cierto modo recogida y es la que da fundamento al principio de oportunidad. Todos sabemos, también, que cuando se comete un delito y hay una víctima, para esta

última es la peor de las circunstancias. Creo –siendo coherente con la decisión que adoptó la Comisión que, además, comparto– que si atendiéramos a cada víctima que legítimamente siente el suyo como el más importante de los problemas, estaríamos de alguna forma subvirtiendo la idea de que se le debe dar al Ministerio Público la oportunidad de que una cantidad de asuntos de bagatela –como el señor Senador planteaba–, o de menor entidad, puedan no ser objeto de acción penal. Esa es un poco la situación que se plantea.

Entiendo que podemos estar dejando atrás el interés personal de la víctima –que puede ser muy legítimo–, pero partiendo del supuesto de que el hecho en sí mismo ha sido juzgado como de mínima entidad, permitimos que se haga ejercicio del principio de oportunidad.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Sin ánimo de profundizar en el debate sobre un tema como el principio de oportunidad, que no estaba en el Orden del Día, quisiera saber qué opinión les merece la siguiente propuesta: ¿y si escuchamos a la víctima y es el Juez el que resuelve, tal como sucede en otros casos? El Fiscal sigue siendo el titular de la acción punitiva, pero ¿qué pasa si escuchamos a la víctima y es el Juez el que resuelve?

SEÑOR REAL.- Para mantener la titularidad de la acción pública y no transformar eso en una querella tendríamos que dar la facultad al Juez de aceptar los argumentos de la víctima –lo que sería, incluso, un prejuzgamiento peligroso, y habría que ver cómo se sale de ese camino– y la oportunidad, por ejemplo, de que se dé traslado al Fiscal subrogante, porque tampoco podemos pedirle al que ha ejercido el derecho de oportunidad que cambie su opinión. Sería un procedimiento bastante engorroso porque veo ambas cuestiones como problemas, más allá de que, evidentemente, todos los problemas soluciones que para uno pueden resultar las mejores. En lo personal, tengo la impresión de que la idea general es sacar de la esfera penal este tipo de cuestiones, si bien es cierto que puede haber intereses que no resulten satisfechos.

SEÑORA BEREZÁN.- En la misma línea de pensamiento del doctor Real, quiero señalar que el artículo 100 del actual proyecto de ley es copia del artículo 167 chileno, modificado, pero manteniendo lo fundamental. A su vez, el artículo a que se está haciendo referencia –el principio de oportunidad– es el 170, donde las modificaciones son en términos de uso de palabras, pero no sustantivas. Realmente ha sido muy difícil el juego del equilibrio entre la protección de los derechos de la víctima y estos tres artículos, que son absolutamente innovadores porque no hay previsiones en ese sentido en el proceso actual y, justamente, son algo que se ha reclamado. Se suele escuchar que los Juzgados están tapados de papeles que no conducen a ningún lado.

La incorporación de la víctima, en función de lo que está propuesto, puede generar un desequilibrio en la balanza y, como señalaba el doctor Real, el gran secreto es cómo equilibrar los intereses. Aquí hemos intentado dar herramientas al Ministerio Público para que no se genere lo que hoy se está dando, que es tener legajos y archivos sin resolución, que se eleven los antecedentes para ver luego qué sucede, tapándose de papeles. Todos sabemos que eso no conduce absolutamente a nada, esencialmente –además del interés y de la naturaleza del ilícito– por un tema de obtención de la prueba. Como dice el doctor Real, esta propuesta procesal, es decir, la incorporación de la víctima, en este caso puede no generar el efecto deseado y esos delitos que se definen de bagatela pueden terminar siendo instrumentados para ir a una audiencia con el Juez o, eventualmente, para escuchar a la víctima, subrogar y que el subrogante ratifique la posición del primer Fiscal actuante. Todo esto no va a ser de rápida resolución, pues en el artículo 102.2 se dice que la petición deberá ser siempre fundada y que se someterá a aprobación del tribunal. En realidad, cualquier resolución o solicitud de archivo provisional no se hace porque sí, sino que el Fiscal debe fundamentar el motivo por el que hace ese pedido.

SEÑOR PRESIDENTE.- En el artículo 102.2 se habla de que la decisión del Ministerio Público se remitirá al tribunal competente para el control de su regularidad formal. Ahora bien: supongamos que no se dan los requisitos formales necesarios para que corresponda la decisión de no iniciar la persecución penal y que, por ejemplo, se trata de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El Juez advierte eso; entonces, me parece que en este caso estaría faltando un artículo 102.3 que relate cómo sigue esta situación si el Juez entiende que no se reúnen los requisitos establecidos para proceder de esa manera. En particular, me parece que deberíamos prever

si en ese caso vamos a requerir que actúe un Fiscal subrogante o si simplemente se entenderá que el Fiscal debe atenerse a la disposición legal y seguir adelante porque no se reúnen los requisitos legales. Aclaro que yo soy partidario de esta última solución que estoy planteando, ya que entiendo que de lo contrario comienzan a proliferar las subrogaciones y los desplazamientos y terminaremos haciendo algo mucho más complejo y moroso que lo que tenemos actualmente, y eso es algo que nadie desea.

En definitiva, soy partidario de incluir aquí un artículo 102.3 que diga que en el caso de que no estén los requisitos, el Juez dispondrá que el Ministerio Púbico continúe con el procedimiento en la forma prevista, y nada más que eso.

SEÑORA BEREZÁN.- Creo que está previsto, pero quizás sea preferible hacer esa incorporación.

SEÑOR PRESIDENTE.- Entonces anotamos dentro de las tareas pendientes agregar un artículo 102.3.

El artículo siguiente sobre el que habíamos pedido una opinión de la Comisión Redactora es el 107, sobre el que tengo anotado que el Senador López Goldaracena tiene reparos con la prueba trasladada.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Lo que hice fue una reflexión en ocasión del debate.

Por lo general, la prueba que se obtiene en materia penal en muchas de las instancias –según los tipos de delitos– son de alto rigor técnico y la mayoría de las veces no se practican a petición de la parte contra la cual van a ser utilizadas. Me estaba refiriendo a la situación que se da cuando se trasladan pruebas a un proceso civil, o a la inversa; la reflexión consta en la versión taquigráfica: no se trata de una oposición frontal al artículo, pero sigo manteniendo algún reparo.

Creo que hay determinados tipos de prueba que no tiene sentido que sean valoradas de manera diferente; si fue practicada a petición de la parte contra quien se aduce o en audiencia, igualmente se trata de pruebas de un rigor técnico que quizás deberían tener otro tratamiento. Pero reitero que esta es una opinión personal que sé que colide con la postura que inspira todos los principios de prueba trasladada. Este es un reparo que señalaba y que luego seguiremos debatiendo en Comisión. Ahora, si nuestros visitantes tienen una opinión, les agradecería que nos la hicieran conocer en esta instancia.

SEÑOR REAL.- El artículo 107 integra el Título IV que refiere a la acción civil y básicamente ha pretendido regular la prueba trasladada entre un proceso civil y un proceso penal. Si decimos que va a ser recibida o practicada válidamente en el proceso penal, la referencia es a la prueba que viene de un proceso civil a incorporarse a un proceso penal.

En la medida en que en el proceso civil el Ministerio Público –acusador en el proceso penal– no fue parte, el artículo está refiriéndose exclusivamente a la prueba de cargo en el proceso penal. Creo que tiene su ámbito de aplicación especialmente en aquellos casos en que en un juicio civil se produce prueba, a pedido o con audiencia del imputado –que seguramente ha sido demandado en el proceso como resultado del delito–, y esa prueba se pretende incorporar al proceso penal.

Imaginemos un accidente de tránsito –a veces los ejemplos ayudan a entender la situación– que termina con un procesamiento por homicidio culpable que estuvo precedido por un juicio civil en donde declaró un testigo a pedido del demandado o imputado en el proceso penal, o a pedido del actor o de los deudos que reclaman la indemnización civil, naturalmente con audiencia del imputado, y el testigo fallece. Si no hubiera fallecido y estuviera disponible, lo ideal sería que el testigo también declarara en el juicio penal; sería un testigo disponible que cualquiera de las partes podría pedir. Pero imaginemos que ha sido un testigo ocular que ha visto el accidente y que ha declarado sobre el hecho a pedido del demandado –ha declarado con todas la garantías y con el control del imputado– y que luego el Fiscal, por las resultancias de esa prueba, pretende incorporarlo. El artículo regula que la incorporación en esas circunstancias es válida. No está refiriéndose, indudablemente, a una prueba de descargo porque no va a haber prueba en el proceso civil que pueda haberse diligenciado a pedido del

Ministerio Público, o con citación del Ministerio Público, porque este no es parte en ese proceso civil. Por tanto, solo referiría a la prueba que pudiera incorporar el Fiscal, pero en ese ámbito reducido cumple el rol funcional del que hablábamos, por supuesto, con los reparos que conceptualmente pueda merecer la prueba trasladada, pero ese es otro tema.

SEÑOR PRESIDENTE.- El siguiente artículo que tengo anotado es el 115, pero antes me voy a permitir pedir que se considere el 114, que refiere a las formas de actuación. Dice: «La sentencia del tribunal y las peticiones de cualquiera de las partes serán siempre fundadas».

A lo largo del análisis de las disposiciones del proyecto de ley hemos incurrido una y otra vez en agregar la frase «por resolución fundada», como si fuera necesario decirlo cada vez. Personalmente entiendo que no es así. Creo que hay una norma general, pero además es de principio que los actos de la autoridad pública tienen que fundarse, porque el poder que se ejerce es delegado, no puede usarse arbitrariamente sino para cumplir los fines establecidos por el derecho, etcétera. Hay una larga elaboración doctrinaria sobre esto.

En definitiva, me parece que está bien y que es muy útil que en el artículo 114 se diga esto expresamente, pero me preguntaba si no podríamos buscar algún giro un poco más amplio, por lo menos, para el Ministerio Público, de manera de comprender no solamente las peticiones que pueda hacer sino también cualquier clase de alegación que se plantee. Cada vez que el Ministerio Público interviene tiene que hacerlo fundadamente y tal vez eso podría establecerse en una norma general para después no tener que plantearnos, una y otra vez en cada tema, que esa intervención es por resolución fundada, como si fuera necesario que lo dijéramos en cada ocasión porque, de lo contrario, estaríamos debilitando un principio general. La redacción podría decir, por ejemplo, «Las sentencias del tribunal y las peticiones y alegaciones de las partes», o un giro equivalente, para no dejar ninguna duda de que nadie puede actuar caprichosamente sino que tiene que hacerlo exponiendo sus fundamentos.

Simplemente, este era un comentario que quería hacer sobre el artículo 114.

El artículo 115, relativo a las normas sobre información –los señores Senadores tienen en su poder la redacción actual–, también me merece reparos porque se me ocurre que no debe ser nada fácil «preservar en todo caso, el buen nombre y la identidad de las víctimas, testigos e imputados». Supongamos que un reincidente ha cometido, por ejemplo, siete homicidios; en ese caso, el buen nombre del imputado es difícil de preservar. En lo personal, buscaría alguna redacción diferente o eliminaría el artículo para evitar cualquier disquisición a este respecto.

SEÑOR REAL.- Estamos totalmente de acuerdo. No recuerdo la razón por la que se incluyó este artículo, pero verdaderamente es bastante infeliz. Creo que se pretendió establecer una regla de prudencia de las comunicaciones, pero reconozco que es muy difícil darle un contenido preciso y que no implique una limitación severa a los derechos de informar y de estar informado y al propio principio de publicidad que pretende contemplar el proceso diseñado.

Creo que, realmente, se trata de una norma que admite todo tipo de cuestionamientos y podría ser modificada en un único sentido, si se encuentra una redacción acorde para trasmitir la idea de que la información no debe ser manejada de manera liviana. En lo personal, creo que también estaría bien simplemente eliminarlo.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Quiero dejar constancia de que estamos a favor de mantener la norma y lo señalo aunque este no sea el momento del debate. Esta norma ingresó desde la Comisión que la redactó, que supongo que debe haber tenido sus fundamentos en la discusión colectiva. Además, quisiera plantear una pregunta puntual al respecto.

Concretamente, vamos a proponer que se agregue algo al artículo 116.2, que es el siguiente. Si no hay rectificación, se habla de que la persona puede recurrir al ejercicio del derecho de respuesta. En el artículo 115 se estableció –creemos que hasta por un sentido de correspondencia y de coherencia– que los medios de comunicación deben preservar el buen nombre y la identidad de las

personas «bajo las responsabilidades emergentes por los daños y perjuicios causados», y la propuesta apunta a que la persona no solamente pueda recurrir a ejercer el derecho de respuesta sino a que también tenga derecho a ser resarcida en los daños y perjuicios correspondientes.

Estoy de acuerdo con lo que señaló el señor Presidente en cuanto a que es muy difícil preservar la identidad y la dignidad de un imputado que ya es reincidente. No obstante, recuerdo lo que manifesté en su momento sobre el buen nombre o la identidad. Quizás habría que buscar una redacción que contemple el hecho de que no se afecten los derechos personalísimos que tiene cualquier imputado, testigo o víctima en cualquier circunstancia, aun siendo reincidente. Sin embargo, creo que mantendría la norma.

Quería señalar esto para que no parezca que nuestro silencio está asintiendo lo manifestado por los dos distinguidos miembros de la Comisión Redactora que nos visitan.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que sobre el punto ya contamos con la opinión de los integrantes de la Comisión Redactora y podríamos seguir adelante sin perjuicio de que, como dijo el señor Senador López Goldaracena, en otro momento mantengamos un debate en el seno de la Comisión de Constitución y Legislación.

El artículo siguiente sobre el que consultamos a los miembros de la Comisión Redactora es el 134, relativo al sobreseimiento a pedido de la defensa. El texto actual del 134.1, dice: «El tribunal podrá decretar el sobreseimiento a pedido de la defensa en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia ejecutoriada y podrá solicitarlo» –se entiende que es la defensa quien podrá solicitarlo– «por los fundamentos previstos en el artículo anterior». La inquietud que se me plantea y traslado es si corresponde realmente que la defensa pueda pedir el sobreseimiento hasta el momento previo a la sentencia ejecutoriada, porque en caso de que ya exista acusación el pedido va a quedar contenido en la contestación de la acusación, pero no será una pretensión autónoma que deduzca la defensa. La posibilidad de que fuera así, es decir, que el Fiscal acuse, también conteste y posteriormente, antes de la sentencia, el defensor comparezca nuevamente a pedir el sobreseimiento de su patrocinado después de haber contestado la acusación, me parece que generaría una desviación del curso normal del proceso que requeriría un nuevo traslado al Ministerio Público para que se pronunciara sobre el pedido de sobreseimiento. Es decir, estaríamos alargando el trámite cuando ya se ha cumplido todo lo que se debía hacer y solamente se está aguardando la sentencia del Juez. En fin, ese es el reparo que tenía y que traslado a los miembros de la Comisión Redactora.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Complementando lo que ha manifestado el señor Presidente, pondré el ejemplo de otro escenario.

Supongamos que la defensa pide el sobreseimiento antes de ejercer su derecho a defensa en la audiencia del artículo 272. Si puede pedirlo una sola vez en la causa, en caso de que considere hacerlo en un momento extraordinario, se presenta y lo solicita. Cuando tiene que ejercer la defensa, por ejemplo, en la audiencia complementaria, como ya lo pidió tiene que defender pero no podría pedir el sobreseimiento. No sé si me explico. Debería defenderlo, pero tendría que abstenerse de solicitar en el petitorio que se pida el sobreseimiento porque ya generó el incidente en otro momento del mismo proceso. Por eso creemos que podría suprimirse alguna de las referencias contenidas allí.

SEÑOR REAL.- Las reglas de procedimiento son las que ha expuesto el señor Presidente y ha complementado el señor Senador López Goldaracena.

Después de la acusación, el acto natural de la defensa es la contestación y, si lo que pretende es la declaración o que no haya una sentencia condenatoria, pedirá la absolución, que es otro instituto distinto que se ejerce en ese momento. Pero nos planteábamos –creo que la razón, la *ratio* de la disposición es esa– la hipótesis de que por ejemplo se haya contestado la acusación, incluso en términos hasta de allanamiento en función de las resultancias probatorias del expediente, y que un nuevo hecho antes de la sentencia remitiera a la configuración de una causa de justificación, de impunidad o a algunas de las del literal c) del artículo anterior, esto es: de justificación, de inculpabilidad, de impunidad u otra extintiva del delito o de la pretensión penal. En ese caso, ¿debería

estarse a la acusación y al allanamiento? No, parecería que la defensa debería tener la posibilidad de pedir el sobreseimiento en función de eso, cuando antes había pedido el allanamiento en función de resultancias distintas.

Quienes trabajamos en eso sabemos que la hipótesis de laboratorio no es una situación que se dé habitualmente, pero puede ocurrir. Por eso se extiende la facultad de la defensa de pedir el sobreseimiento hasta la sentencia; obviamente, después los medios de la defensa serán los recursivos, pero creemos que hasta ese momento existe la posibilidad de que se pida el sobreseimiento.

Podríamos tener una dificultad adicional si ya se hubiera pedido, por ejemplo, antes del Plenario. En fin, tendríamos un problema y el Juez tendría que resolverlo, pero se me ocurre que, frente a la verificación posterior de una causal de justificación y de impunidad, tendría que resolver en beneficio del imputado y admitir un segundo pedido de sobreseimiento fundado en un hecho nuevo. Incorporo una segunda hipótesis; si la primera es de laboratorio, esta lo es más todavía y menos probable, pero creemos que puede suceder; por lo tanto, no deberíamos restringir el derecho de la defensa.

SEÑOR PRESIDENTE.- Hay un comentario de la señora Senadora Moreira con respecto al numeral 2. del artículo 134. Propone que en la última oración, donde dice: «Si este no dedujera oposición, el tribunal deberá decretarlo sin más trámite.» diga: «Si este no dedujera oposición, el tribunal sin perjuicio de lo dispuesto en el literal f) del artículo 84.2 –derechos y facultades de la víctima– deberá decretarlo sin más trámite.»

Me parece que debería decir: «Si este no dedujera oposición, el tribunal deberá decretarlo sin más trámite sin perjuicio de lo dispuesto.» En fin, eso es secundario; el asunto es que quedan a salvo los derechos de la víctima. Esa es la propuesta.

SEÑORA BEREZÁN.- Con relación al artículo 134.1, confesemos que tampoco tiene una redacción feliz, por eso se nos ocurrió que dijera lo mismo pero de manera correcta. Diría así: «La defensa podrá solicitar el sobreseimiento en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia ejecutoriada por los fundamentos expuestos en el artículo anterior.»

La propuesta de la señora Senadora Moreira nos parece coherente incluso con lo que hablamos hace un rato respecto al derecho de la víctima que, evidentemente, debe ser oída cuando el pedido de sobreseimiento viene a instancia de la defensa. Pensamos que la última oración del artículo 134.2 debería dice: «Si este no dedujere oposición, el tribunal deberá decretarlo previa vista a la víctima.» Puede decir: «Si este no dedujera oposición, el tribunal sin perjuicio de lo dispuesto en el literal f) del artículo 84.2» o sencillamente las palabras que acabo de mencionar.

SEÑOR PRESIDENTE.- Como estamos hablamos de artículos que están cerca del 135 solicito una opinión de él, porque dice: «El sobreseimiento tiene los mismos efectos que la sentencia absolutoria, en lo pertinente». ¿Cuál sería el alcance de esa cortapisa –diría– «de lo pertinente»? ¿Qué es lo que queda fuera de la asimilación?

SEÑOR REAL.- Tendríamos que ahondar en el concepto de sobreseimiento y absolución. Sabemos que el sobreseimiento es el resultado de una solicitud del Ministerio Público o, eventualmente, de la defensa; en cambio, la absolución es el resultante de una sentencia definitiva, final, natural de un proceso, donde se declara que no procede el dictado de una sentencia de condena. En ambos casos la consecuencia es la libertad definitiva del imputado. Si la pregunta es por qué la redacción dice «en lo pertinente», probablemente debe ser que sonó bien.

SEÑOR PRESIDENTE.- Sin duda suena bien.

SEÑOR REAL.- No podría explicarlo; en principio no encuentro diferencias que justifiquen el giro.

SEÑOR PRESIDENTE.- La preocupación viene a raíz de lo siguiente: de pronto alguien puede sostener –y esto es lo que me mueve a plantear el punto– que si hay sobreseimiento se podría invocar el *non bis in idem* para evitar que lo juzguen de nuevo por los mismos hechos. En la absolución, sin duda, si el individuo es imputado por un determinado delito y finalmente es absuelto, si mañana quieren juzgarlo por el mismo delito, podrá decir «No; ya he sido juzgado, fui absuelto, no pueden juzgarme de nuevo por el mismo hecho».

Ahora bien, supongamos que a cierta altura del proceso el Ministerio Público solicita el sobreseimiento, porque entiende que no hay pruebas, que no tiene sentido seguir adelante, en fin, por la razón que fuere, y así se dispone: es decir, se le sobresee en la causa a pedido del Ministerio Público. Si pasado el tiempo a alguien se le ocurre volver a plantear el tema, ¿ese individuo puede ser juzgado nuevamente, ya que no hubo una sentencia absolutoria, sino el acogimiento de la petición de sobreseimiento planteada por el Ministerio Público? A mi juicio, podría refugiarse en el principio *non bis in ídem* e impedir que lo juzguen nuevamente, pero temo que este giro «en lo pertinente», habilite la discusión.

Por eso considero que deberíamos aclararlo.

SEÑOR DA ROSA.- Quisiera plantear una pregunta a los integrantes de la Comisión Redactora respecto al artículo 134.2. En tanto se establece que es por una sola vez, creo que se limita la posibilidad de que la defensa solicite el sobreseimiento en una causa. Me pregunto qué ocurriría en el caso de que la defensa ejerza la potestad de pedir el sobreseimiento en una causa y posteriormente surgen nuevos elementos de prueba que establecen que la responsabilidad, la culpa, es de otro. Al haberse ejercido el derecho a pedir el sobreseimiento, sin que hubiera prosperado, la defensa se sentiría inhibida o frustrada en sus posibilidades. Entonces, la pregunta es: ¿no será que en el artículo 134.2 se debería establecer, con cierto margen de prudencia, que la defensa podrá solicitar el sobreseimiento una sola vez, salvo en el caso de que aparecieren nuevos elementos de prueba en el desarrollo de la causa?

SEÑOR REAL.- Parece muy interesante el planteo, pero la idea de que el sobreseimiento se deduzca una única vez es evitar que, al igual que en el caso de la excarcelación, el instituto se utilice abusivamente y se distorsione la marcha normal del proceso. Se llega a esta propuesta, de alguna manera, como resultado del análisis de lo que ocurre en la práctica, donde se puede visualizar, digamos, una exageración en el ejercicio de ese derecho. De todos modos, el planteo del señor Senador me parece muy razonable.

Como decía al principio al abordar este artículo, la hipótesis de que la defensa pida el sobreseimiento, incluso, hasta el dictado de la sentencia definitiva, es justamente ese escenario que planteaba el señor Senador; yo decía que tenemos un problema, pero supongo que se resolverá de esta manera y el señor Senador propone que se resuelva explícitamente. Razonándolo en este momento, me parece, reitero, que es muy interesante la propuesta y que, de ese modo, se contribuiría a resolver una cuestión que si se planteara probablemente se solucionaría tomando medidas en la misma línea, pero es obvio que sería una buena cosa si ello estuviera contenido en una disposición legal.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- En la misma línea que el señor Senador Da Rosa, quisiera plantear la siguiente pregunta: ¿qué sucedería si se suprimiera la limitación de una sola vez? Considerando que el Juez tiene facultades de dirección del proceso claramente establecidas, si hubiera una actitud contumaz de intentar dilatar, entiendo que el magistrado podría rechazar *in limine* ese pedido, porque no aporta nuevos elementos. De esa manera, se garantiza que la posibilidad de pedir el sobreseimiento no sea solamente una vez, pues se debería probar que existen nuevos elementos. Por eso, me parece que deberíamos buscar la manera de que no quede congelada la cantidad de veces que se pueda pedir el sobreseimiento, sino que sea el Juez –en su capacidad y facultad de dirección del proceso– quien rechace esos pedidos *in limine* si no aportan más elementos y que, al mismo tiempo, no se coarte la estrategia del defensor. En realidad, estoy pensando en el temor del defensor en su estrategia: «Si con los elementos que aparecieron hasta ahora, lo volvemos a pedir o no. Porque no sabemos; capaz que tendríamos que esperar a tener nuevos elementos y solamente lo podemos pedir una vez. Pero, ¿qué tal si me lo rechazan *in limine*?». Estoy tratando de imaginar el escenario

desde el ángulo del defensor. En cambio, si nos descansamos en que el Juez puede rechazar los pedidos –por supuesto que, llegado el caso, el defensor podrá apelar y esa apelación podrá no tener efectos suspensivos; estoy imaginando el funcionamiento del Código–, podemos contemplar la propuesta del señor Senador da Rosa siendo un poquito más amplios en cuanto a que no existan limitaciones de tiempo. En este sentido, quisiera conocer vuestra opinión.

SEÑOR REAL.- Como ustedes habrán advertido en el artículo 133, las causas que pueden dar mérito al pedido de sobreseimiento de la defensa no son necesariamente hechos nuevos. Aquí se dice –y estamos de acuerdo en eso–: «Cuando resulte de modo indudable que medió una causa de justificación, de inculpabilidad, de impunidad», etcétera. Esto se está refiriendo a procesos que, por distintas razones, ya sea por el número de procesados, por el número de defensores, por estrategias defensivas de coprocesados, etcétera, han tenido una larga demora y no llega el momento del plenario, el momento en que la defensa, naturalmente, debería plantear eventualmente la absolución de su defendido. Entonces, frente a la perspectiva de que ese proceso todavía dure mucho, no tiene más remedio que pedir el sobreseimiento con lo que tiene. El sobreseimiento no está regulado sobre la base de un hecho nuevo, sino sobre las propias resultancias del proceso cuando la defensa considera que vale la pena adelantar el análisis de la prueba y, si se dan algunos de los requisitos establecidos en el artículo, su planteo pueda prosperar. Contra el ejercicio abusivo de ese derecho, ejercido en esa circunstancia que no requiere el hecho nuevo, es que pusimos la limitación de que pudiera ser ejercido una única vez.

A mí me resulta más atractivo el planteo del señor Senador da Rosa en el sentido de que esa debería ser la regla y la excepción sería el hecho nuevo, y podríamos salir de la regla si se plantea un hecho nuevo. Imaginemos otra vez que el defensor ya ejerció su derecho, lo hizo en función de las resultancias del expediente y porque entendió, por las razones que decía recién, que le convenía plantearlo y adelantar la discusión sobre la existencia de una causa de justificación o lo que sea. Hasta allí llegó su derecho. Lo adelantó, perdió, el juicio sigue. Para que vuelva a ejercerlo, tiene que haber algún elemento excepcional: un hecho nuevo que genere alguna de estas situaciones. Me gusta más esa solución que la de suprimir «una sola vez», porque creo que más o menos equilibraría el ejercicio cabal del derecho de defensa racionalmente. Estoy opinando sobre tablas; esa es la realidad.

SEÑOR PRESIDENTE.- Yo también estoy opinando en el momento. Pero creo que hay que tener en cuenta la posibilidad del mal uso de la herramienta del pedido de sobreseimiento en una causa con varios procesados, que puede dar lugar a que el proceso se eternice; que ello se utilice tácticamente –digámoslo así– por uno, por otro, uno pide, otro vuelve a pedir, otro reitera y así se posterga la sentencia.

Además, consideremos que el proyecto es muy amplio en materia de producción de pruebas en segunda instancia. Es tan amplio que el Fiscal de Corte lo ha observado y dice que con la redacción que tenemos, la segunda instancia puede convertirse en un nuevo juicio, porque no reproducimos las cortapisas que tiene el Código General del Proceso para la producción de pruebas en segunda instancia. Entonces, me parece que allí hay un amplio cauce para que, llegado el caso, la defensa incorpore hechos nuevos. Pero si puede reiterar las solicitudes de sobreseimiento sin limitación –lo cual es una situación excepcionalísima en el curso del proceso–, creo que generamos un desequilibrio en el sentido de aumentar el riesgo de duración excesiva del proceso que después, en ciertas causas, puede dar lugar a que se ocurra ante organismos internacionales denunciando demoras y demás. Es un terreno resbaladizo. Pero en fin, creo que hemos completado el análisis de esta disposición y, si estamos de acuerdo, podríamos pasar a ver otras.

El comentario del señor Senador Da Rosa nos retrotrajo al artículo 134, pero yo había planteado la cuestión del giro «en lo pertinente» del 135. Tal vez eso podría quedar planteado para una ulterior ocasión en que podamos reflexionar al respecto.

El siguiente artículo que tengo anotado es el 138, respecto del cual el señor Senador López Goldaracena cuestionaba lo que él considera la excesiva amplitud de los literales a) y b), que irían en contra del principio de publicidad.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Señor Presidente: me gustaría escuchar a los miembros de la Comisión Redactora, pero quiero adelantar que tenemos una propuesta sustitutiva a este artículo, por la cual la única excepción que sugerimos es cuando, por las circunstancias especiales del caso, la publicidad de la audiencia pudiera comprometer un secreto protegido por la ley. En los demás casos vamos a proponer que las audiencias sean públicas. Los fundamentos están en lo que ya expusimos: en todo proceso hay consideraciones de orden moral y siempre está en juego la dignidad de las personas. Si le damos esa amplitud, en virtud de ese argumento de la posibilidad de restringir la publicidad, nos podemos encontrar con que, en la práctica, el principio pasa a ser el de la privacidad y no el de la publicidad. En los hechos, todos sabemos que los operadores judiciales tienen una rutina de trabajo y una cultura muy arraigada en la manera de trabajar. No es el momento de entrar a discutir esto en la presente instancia, pero quiero adelantar que hay leyes vigentes que hoy el Poder Judicial no está cumpliendo. Como ejemplo puedo mencionar la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial cuando establece que el denunciante puede acceder a las actuaciones. Hay jueces que no conocen la extensión de la ley. Entonces, si nosotros les damos a los operadores judiciales la potestad de que digan que se puede suspender la publicidad de las audiencias por consideraciones de orden moral, ¿quién fija el orden moral? Yo puedo tener un orden moral completamente diferente del que puede tener el que vaya a decirme qué audiencia es pública y qué audiencia es privada. Por tanto, nuestra propuesta va a ser suprimir esas amplitudes y restringirnos al marco legal, es decir que se podrá disponer cuando hay circunstancias en que la publicidad puede afectar un secreto. Es algo que vamos a debatir en su momento, pero me gustaría escuchar la opinión que tienen sobre la propuesta de supresión.

SEÑOR PRESIDENTE.- Antes de darle la palabra a los miembros de la Comisión, quiero acotar lo siguiente: me parece que la disposición del literal b) «sin ulterior recurso» tendría que ser general para todo el artículo, es decir que estas decisiones sobre si la audiencia es pública o no se adoptaran en todos los literales sin ulterior recurso.

SEÑOR REAL.- Naturalmente, este es un tema discutible y solo quiero trasmitir lo que creo que fue una opinión bastante consensuada en la Comisión. El principio es la publicidad –esa es una de las incorporaciones básicas del nuevo proceso– y se pretendió reafirmarlo en el artículo 138 cuando se dice: «serán públicas». Esa es la regla. Reconozco que las excepciones están planteadas en términos muy genéricos, pero esto también fue motivo de discusión. Lo que puedo decirles es que primó en la Comisión la idea de que era necesario preservar ciertas situaciones y fundamentalmente se pensó en la posición de la víctima. Como siempre uno piensa en aquellos delitos específicos como los sexuales, en los que la víctima –incluso niños– se ve expuesta a la publicidad del tema. Entonces, con carácter general –no puedo decir si fue con carácter unánime, porque no lo recuerdo– se entendió que era necesario establecer algún tipo de limitación.

Por otro lado, se puede reconocer que la manera en que se planteó es bastante general y que, de alguna forma, deja estas cosas al arbitrio del magistrado, por lo que corremos el riesgo de que la inercia judicial resultante de una mentalidad histórica pueda conducir a invertir el principio. Eso puede ocurrir –es un riesgo–, pero no encontramos cómo establecer una casuística que realmente sea precisa y no deje afuera alguna otra circunstancia. Por lo tanto, como entendimos que era necesario establecer una limitación para ese tipo de situación nos decidimos por esta redacción. Tal vez la solución en los términos en que está plasmada, llevando adelante esa óptica –obviamente, reconozco que es algo discutible–, no sea la mejor, pero fue la que encontramos.

Cabe aclarar que este tema fue especialmente discutido; es más, en esta etapa de lectura y análisis del articulado hemos encontrado algunos artículos que nos preguntamos por qué están. No es este el caso, aunque sí fue materia de discusión y el artículo pretendió reflejar lo que fue la posición general de una Comisión integrada por doce personas, que muestra una forma de ver este tema, pero puede admitir varias posiciones.

SEÑORA BEREZÁN.- Debo decir que me gustó lo que dijo el doctor Real en cuanto a estar «opinando sobre tablas». En algunos artículos se prevén, por ejemplo, medidas de protección para la declaración de determinados testigos, pero eso no quiere decir que la audiencia no sea pública. La casuística puede ser complicada, pero la idea de la no publicidad de alguna manera debería tener coherencia con aquella situación de testigo vulnerable. No me refiero a la vulnerabilidad desde la revictimización sino desde su condición y una de las cosas que también aportaría para su preservación sería que la

audiencia no fuera pública. ¿Cómo se compatibiliza esto? Tal como dice el doctor Real, no recuerdo –tal vez el señor Presidente aporta a la memoria– esta discusión, pero buscamos expresiones amplias, que también son peligrosas. Coincido con el señor Senador en la posibilidad de que la pacatería moral afecte la publicidad de las audiencias, pero el tema es encontrar el equilibrio.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Creo que el tema va a ser nuevamente abordado en la Comisión de Constitución y Legislación, pero quisiera preguntar qué sucede si hacemos referencia especialmente al universo de las víctimas, para preservar la dignidad, la privacidad y demás, más allá de las medidas de protección especial previstas para testigos y víctimas.

SEÑOR REAL.- Esa sería una manera de encontrar un camino más o menos intermedio que podría recoger, de alguna forma, lo que fue esencialmente el espíritu original de la Comisión. Creo que se pensó fundamentalmente en las víctimas, diría que mucho más que en los testigos, y no necesariamente en los imputados, y reitero que puede ser un camino interesante.

SEÑOR PRESIDENTE.- Sin duda, el tema tendrá su debate cuando la Comisión de Constitución y Legislación se ocupe de él.

SEÑOR DA ROSA.- En verdad, se trata de un asunto que rebasa lo estrictamente técnico. Estimo que hay consideraciones que tienen que ver con fundamentos políticos y hasta filosóficos respecto de cómo se conciben estas definiciones.

Por ejemplo, me parece que el literal a) es demasiado amplio cuando dice: «a) Por consideraciones de orden moral», pero no creo que lo sea tanto cuando habla de consideraciones «de orden público o de seguridad», porque puede haber determinadas circunstancias –está claro que uno no puede prever o imaginarlas todas cuando redacta una norma– que determinen que haya razones de orden público, o de seguridad pública, que hagan conveniente que en lugar de que esa audiencia se desarrolle con publicidad –como dice el principio general–, se lleve a cabo con cierta reserva. En ese sentido, tenemos diferentes concepciones respecto al alcance de la norma, pero puedo coincidir con el señor Senador López Goldaracena en que hablar de consideraciones de orden moral, es algo altamente subjetivo y demasiado amplio. Es un tema en el que primarán las consideraciones políticas, ideológicas o filosóficas que cada uno de nosotros podamos exponer en la Comisión.

En definitiva, discutiremos este tema en ese ámbito. Lo que sí podemos hacer es recabar, desde el punto de vista técnico, la opinión de la Comisión Redactora.

SEÑOR REAL.- Quiero expresar mi coincidencia con el señor Senador Da Rosa en este punto.

La realidad a veces es tan dinámica que, como decía el señor Senador, se hace difícil prever todo lo que pueda ocurrir en el futuro en relación a estas cosas. Lo menciono porque, por ejemplo, hoy estamos haciendo reconstrucciones en lugares distintos a donde ocurrieron los hechos, como predios policiales, porque se considera que es materialmente imposible hacerlos en donde realmente sucedieron. Por lo tanto, incurrimos en una suerte de teatralización de la situación en un lugar que ni siquiera es el propio porque, más allá de la eficacia de la prueba en esas condiciones, se entiende que no hay manera de ir al lugar donde pasó ese hecho, además por razones de seguridad.

Uno puede imaginar las cosas que puedan suceder en el futuro, pero hay muchas que seguramente todavía no podemos prever.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se pasa a considerar el artículo 144, relativo al objeto de prueba.

Hay una redacción en el proyecto de ley y los señores Senadores López Goldaracena y Carlos Moreira plantearon la posibilidad de mantener el artículo 172 del Código del Proceso Penal actualmente vigente. En ese sentido, consultamos a la Comisión Redactora.

SEÑOR REAL.- El proyecto de ley no incluye una norma como la del Código del Proceso Penal vigente a que se hace referencia, porque no define la prueba como tal. Este artículo 144 tiene otro contenido: pretende definir el objeto de la prueba, que es una cuestión conceptualmente distinta.

No veo problema en que se incorpore un artículo que defina la prueba en los términos del artículo 172 vigente, pero creo que no debería sustituir al 144, que plantea una cuestión totalmente distinta, que tiene que ver con el objeto, es decir, cuáles son los hechos sobre los que debe recaer la prueba en materia penal.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si ningún señor Senador desea hacer uso de la palabra sobre este tema, habiendo recibido la opinión de la Comisión Redactora, que es muy clara, pasamos a considerar el artículo 147.

Con respecto a la enunciación de los medios de prueba, la consulta específica es la del señor Senador Moreira, que plantea por qué se eliminó la confesión del imputado como medio de prueba.

SEÑOR REAL.- *Lapsus calami.* Evidentemente, nos olvidamos. Cuando nos enteramos de la observación la buscamos, y nos dijimos: «No puede ser. No está».

SEÑOR PRESIDENTE.- Se pasa a considerar el artículo 148.

La Presidencia quiere saber si este artículo es congruente con el artículo 107 relativo a la prueba trasladada. En ese sentido, había algunas dudas.

SEÑOR REAL.- En realidad, este artículo es complementario y tiene otro ámbito de aplicación.

El artículo 107 –que vimos hace un rato– está incluido en el Título *La acción civil* y refiere a la prueba producida en procesos civiles que se traslada al proceso penal. Entiendo que aquí, sin decirlo, se está haciendo referencia a pruebas de otros procesos penales, probablemente incluso en los que el imputado no fue parte, pero de los cuales podría surgir prueba a su favor o en contra y que pretendiera ser utilizada. Nos imaginábamos una cuestión bastante común –el Senador López Goldaracena lo sabe–, especialmente en temas vinculados a investigación por violación de Derechos Humanos, en causas en las que se investiga la responsabilidad de algunas personas y testigos declaran sobre la participación de otras que no están siendo investigadas. Entonces, se trata de definir si es posible, o no, en las causas en las que luego se investigue a estas últimas, incorporar esa prueba diligenciada en un expediente en el que no fueron parte y por lo tanto no contaron con el contralor de sus defensas. La solución fue plantearlo, permitiendo a la defensa, naturalmente, incorporar toda la prueba.

Ayer analizábamos el texto con la doctora Berezán y consideramos que tal vez el término «complementarias» no sea feliz porque en este caso lo que la defensa podría hacer no solo podría ser complementario sino, incluso, contrario a las resultancias de esa prueba o ejercer un contradictorio y discutir su validez. Creo que está bien que el proyecto de ley establezca que serán apreciadas por el Tribunal de acuerdo a su naturaleza y circunstancias. No deberíamos privar al proceso de esa prueba en los términos en que fue producida, con las características y singularidades que tiene. La eficacia será controlada por las partes en el proceso en el que pretenda hacerse valer y apreciada por el Juez.

SEÑOR PRESIDENTE.- Consulto si, en tal caso, podría decirse «Las pruebas producidas en otro proceso penal, sea nacional o extranjero» para deslindar esta situación de la prevista en el artículo 107.

SEÑOR REAL.- Creo que ese es el ámbito al que se refiere y que se dio por sentado, aun cuando no debió haber sido así.

Por otro lado, nosotros mismos estamos cuestionando el texto propuesto porque tal vez el término «complementarias» no sea el más indicado. En tal sentido, pensamos que tal vez sería más fácil la interpretación si dijera «La defensa podrá solicitar las medidas que estime del caso».

SEÑOR PRESIDENTE.- Tomamos nota de la sugerencia.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Entendí claramente la propuesta y el fundamento de la Comisión, con lo que estoy de acuerdo. Sin embargo, me gustaría dejarlo encapsulado para ver si lo restringimos o no a los procesos penales. Estaba pensando en otro tipo de procesos que no son civiles, pero en los que se puedan estar diligenciando pruebas como, por ejemplo, en el caso aduanero, donde puede darse lugar a un proceso penal de otro tipo. Hablo de un proceso aduanero concreto en el que se abra un abanico de investigaciones, se incorporan pruebas y, a raíz de eso, se lo vincule con otros procesos penales y esa prueba se traslade, por lo que no habría sido producida con control de la defensa. No estamos hablando de procesos penales porque no se trata de acusar, pero son muy parecidos de alguna manera.

Me gustaría reflexionar y preguntar a la Comisión si entiende que debería restringirse a los procesos penales exclusivamente o también abarcar otros procesos. Esto me parece muy importante a los efectos de acotar la concordancia con el artículo 107, en función de la propuesta del señor Presidente.

En materia de Derecho Comercial, imaginemos un proceso concursal o de liquidación –ya ni siquiera estamos en materia aduanera, sino que es un tema civil– en el que, previo a la calificación de la quiebra, el síndico incorporó prueba, por ejemplo, al presentar su proyecto de viabilidad de la empresa. Luego, en la causa comercial, se entiende que la quiebra no es culpable, se archiva y no pasa a la Justicia Penal. Pero en la prueba diligenciada había una cuestión vinculada a una estafa, a cheques sin fondo, lo que es bastante habitual en materia de liquidación de sociedades comerciales. Esto se ventila en otro proceso donde se quiere incorporar. Asimismo, pensemos en otra quiebra que haya sido declarada culpable.

Podríamos pensar en restringir esto a los procesos penales, a los aduaneros o dejarlo tal como está redactado, buscando otra forma de compatibilizar con el artículo 107.

SEÑOR REAL.- Me parece que es razonable lo que dice el señor Senador López Goldaracena. Asimismo, mientras planteaba lo relativo al tema aduanero, junto con la doctora Berezán pensábamos en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya que podría declararse la nulidad de un acto impugnado sobre un funcionario que resulte en una eventual responsabilidad penal. Sin duda, se pueden dar varias situaciones, pero nosotros pensamos esta norma en función de las resultancias del proceso penal. De repente, en forma intuitiva no lo limitamos, porque ciertamente no recuerdo que hubiéramos manejado otra alternativa. También es una forma de definición política. Teniendo en cuenta que de alguna manera es una prueba que ha sido diligenciada sin control de la defensa durante el proceso, podemos concluir que se trata de una prueba renga, que no está completa y por esa razón podría limitarse a ciertas circunstancias, o no. Obviamente, queda abierto un abanico de posibilidades, pero lo que plantea el señor Senador es muy razonable. La posibilidad de que se den esas situaciones es muy amplia, incluso bastante más de lo que previmos.

SEÑORA BEREZÁN.- Creo que por algo pensamos en otro proceso penal pero no lo escribimos; y al no estar escrito se podrían abarcar todas las sugerencias coherentes que hace el señor Senador. En cualquier otro proceso la prueba tendrá que medirse en el contexto. Ese es un tema que va a tener que definir la Comisión; en lo personal, la propuesta de incorporar específicamente prueba de otro proceso penal dejaría fuera todos esos elementos que son reales, tal vez mucho más reales de lo que lo consideramos en su momento. De todos modos, habría que buscar la coherencia para que quede claro, porque evidentemente son dos artículos compatibles.

SEÑOR PRESIDENTE.- Corresponde analizar el artículo 149. El señor Senador López Goldaracena proponía incluir un literal c) que dijera que también es derecho del testigo recibir seguridad y protección, de acuerdo con lo dispuesto en otras normas.

Por su parte, había dudas en el literal b) acerca de qué se quiere decir en cuanto a que el testigo tiene derecho a ser informado sobre las resultancias del acto procesal en el que ha participado. Me gustaría saber cómo debe entenderse lo relativo a las resultancias.

SEÑOR REAL.- La sugerencia de agregar el literal c) nos parece bien.

En cuanto al literal b), creemos que la redacción fue infeliz. En realidad, está mal usado el tiempo verbal, ya que la información al testigo tiene que ser previa y no posterior. Acá da la impresión de que se le va a informar sobre el acto en el que ha participado y parece que fuera posterior a la declaración. En realidad, lo que se pretende es que el testigo, cuando declare y antes de hacerlo, esté informado acerca de las circunstancias y del expediente por el que está declarando, sobre qué hechos y cuáles son sus deberes y las consecuencias de sus falsedades. La idea es que sepa a qué se expone y a qué va, no que se le informe lo que ya hizo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Pasamos al artículo 160, relativo a las reglas para el examen de los testigos. La cuestión es si el Juez puede preguntar al testigo solamente para que aclare lo que ya dijo o hacerlo con más amplitud; menuda cuestión que trasladamos a nuestros distinguidos visitantes.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Creo que los miembros de la Comisión Redactora han analizado la versión taquigráfica del intercambio que se realizó en esta Comisión sobre este tema y brevemente quiero aclarar que no se trata de que el Juez pueda proponer testigos sino de ampliar el margen de preguntas aclaratorias. Pusimos el ejemplo de un caso en que la defensa está remisa por equis razón y, obviamente, no le está preguntando lo que debería. Para poner un ejemplo, no se le pregunta: «¿Usted apretó el gatillo?». Además, la Fiscalía tampoco está ejerciendo su deber y el Juez se da cuenta de ello. En calidad de abogado denunciante, hemos visto actitudes que, si no fuera por la participación del abogado de la víctima –en los casos en los que puede participar– o del Juez, no habría ningún avance. Me refiero a casos puntuales de los que se extrae un principio de comportamiento que creemos debe ser incorporado, en el sentido de que el Juez pueda hacerle preguntas al testigo, no solamente aclaratorias sino de otro tipo, y que lo mismo pueda hacer con el imputado. Eso es lo que queremos plantearle a la Comisión Redactora para conocer su opinión al respecto.

SEÑORA BEREZÁN.- El cuestionamiento del señor Senador hace al sostén de la reforma. Estamos ante un proceso estrictamente controversial, en que el Ministerio Público y la defensa van a ser los actores principales, el primero con su propuesta y la segunda, con la suya. Hemos dado al Juez la potestad que le es ínsita, en el sentido de dirigir el proceso, recibir la información y, en relación con toda la prueba, tomar una decisión, ajena a la actuación individual de las partes. Sé que lo que plantea el señor Senador no es poca cosa, pero cuando tomamos la decisión de que el Juez solo interrogará por los datos y no hará preguntas aclaratorias, ampliatorias o relativas a nuevos hechos, nuestra cabeza tenía esa visión del proceso e intentaba creer que las partes que van a actuar, serán responsables.

Además, aquí tenemos otro tema que es la publicidad, puesto que este no es un proceso a puertas cerradas y todos los actores vamos a estar expuestos al contralor simultáneo y espontáneo de nuestras propias actuaciones. Esa es una posición: que el Juez pueda interrogar no solo a los testigos sino también al imputado y habrá que tomar una decisión al respecto. La Comisión Redactora optó por la otra posición en la que se pretende la mejor calidad de la actuación del Ministerio Público y de la defensa. Se apuesta a tener profesionales con el mejor ejercicio profesional y la seriedad que requiere, nada más y nada menos, que un proceso acusatorio público y oral. Reitero que son decisiones distintas y la Comisión Redactora optó por otra. Incluso, en los artículos que revisaron en relación con el imputado, también determinaron qué se le puede preguntar y por parte de quién, pero esa fue la posición de la Comisión, que por supuesto comparto. En definitiva, esta Comisión deberá tomar la decisión que considere más conveniente.

SEÑOR REAL.- Queda poco por ampliar luego de lo que dijo la doctora Berezán.

La Comisión optó por un proyecto basado en el principio acusatorio puro. Considera que la participación del Juez en la producción de la prueba lo contamina y, de alguna manera, compromete su decisión sobre el fondo de la cuestión. Sabemos que, cuando durante siglos hemos sostenido la idea de la verdad histórica, no es fácil aceptar que en este proceso la decisión tiene que basarse en la verdad formal, en la que resulte de la producción de la prueba que ofrezcan y diligencien las partes. Para nosotros eso asegura la imparcialidad del Juez y es uno de los valores centrales en este proceso. Esta es una posición; sabemos que en Doctrina, del acusatorio puro hasta el inquisitivo puro están todas las variantes. Sabemos también que en el Código General del Proceso, según de qué principio se trate, se establece un proceso dispositivo, pero igual hay flancos y al Juez se le otorgan facultades importantes en la producción de la prueba. Ese no es el camino por el que optó la Comisión y fue un tema muy discutido porque algunos integrantes de la Comisión eran jueces que tenían su propia estructura mental frente a todas estas situaciones. La opción fue dejar al Juez fuera del debate para permitirle el máximo de imparcialidad y para nosotros es un valor central que hay que proteger, aun a costa de esos riesgos, que son reales, tal como planteaba el señor Senador López Goldaracena. Tenemos la sensación de que puede ocurrir que la verdad histórica o parte de ella quede de lado, pero por encima de todo no encontramos mejor forma de defender las garantías del debido proceso que preservar a toda costa la imparcialidad del Juez.

SEÑORA BEREZÁN.- Haciendo memoria sobre lo que señalaba el doctor Real, en efecto, este fue un tema discutido tremendamente, aunque en el buen sentido. No debemos olvidar que los operadores de esta eventual reforma que un día entrará en vigencia son las mismas cabezas con las que trabajamos hoy; traemos años de historia de proceso mixto, pero en definitiva es un proceso inquisitivo en el que el Juez hace al proceso. Esa cabeza fue la que nos llevó a decidir que era mejor nada, porque se cuestionó y estuvimos viendo si dábamos alguna posibilidad de formular preguntas específicamente aclaratorias de sus dichos, pero terminamos decidiendo que era mejor nada, porque el «aclaratoria de» podía terminar en un reinterrogatorio que introdujera elementos nuevos y terminara redirigiendo la posición de la defensa y del Ministerio público. Esta opción nos pareció la más adecuada por la naturaleza del proceso que se estaba proponiendo. Pero, como dije, fue sumamente discutido.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se pasa a considerar el artículo 165, referido a los testigos intimidados.

Según mis anotaciones, el señor Senador López Goldaracena no está muy convencido con la solución de mantener en reserva la identidad del testigo, tal como se expresa en el numeral 2. de este artículo.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Esto está explicado en el debate. Estamos trabajando en la elaboración de una redacción y quiero pedir la opinión de la Comisión Redactora, pero no sobre la redacción sino sobre los conceptos generales. La idea sería plantear que, en las condiciones previstas en ese numeral, no pudiendo acceder la defensa a la declaración del testigo, se disponga que sea valorada por el Juez con criterio relativo considerando, para la credibilidad del testigo, el resto de los elementos probatorios y especialmente las circunstancias que determinaron su protección. Se considera el global. Quiero ponerme en lugar del defensor que no puede acceder a ese testigo. Por supuesto que hubo alguna razón por la cual el Juez –y está muy bien regulado en el Código– dispuso la reserva de identidad. Pero, en virtud de eso, pensamos que el Juez debería tener en cuenta las circunstancias en las que se determinó la protección del testigo, el resto de los elementos probatorios y que lo valore con un criterio relativo. A nuestro juicio, no es lo mismo un testigo que se conoce y sobre el que la defensa puede tener control que testigos que no se conozcan. ¿Por qué? Porque no hay forma de controvertir lo que no se conoce, más allá de las circunstancias que ameritaron esa reserva. Creemos que la valoración debe ser distinta o se tendría que establecer expresamente como un principio de valoración especial o peculiar. Quisiéramos saber cuál es la opinión que tienen nuestros visitantes al respecto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Antes de cederles la palabra, me gustaría expresar algo sobre este tema que también me merece, si ustedes quieren, los reparos que ha planteado el señor Senador López Goldaracena, porque la reserva de identidad es nada menos que respecto de la defensa, ¿verdad? Al final del artículo, en la penúltima oración, cuando establece que la declaración se transcribirá y quedará en dos sobres cerrados y lacrados, se dice: «Uno de los sobres quedará en poder de este» –se refiere al Ministerio Público– «y el otro se remitirá al Juez que corresponda”. No entiendo qué quiere decir que

se remitirá, porque está declarando ante el Juez. Bien, me acota el doctor Real que sería mejor establecer: «y el otro quedará en poder del Juez”. Entonces, sería un problema de redacción.

SEÑOR REAL.- A raíz de los comentarios que nos hicieron llegar, tratamos de recomponer la discusión y no la tenemos presente, porque pasaron muchos años: fueron cuatro años y medio de trabajo hasta llegar a la elaboración del proyecto de ley y luego transcurrieron otros dos hasta su ingreso a nivel parlamentario. Lo único que podemos hacer en estas circunstancias, además de reconocer el error al que se refirió el señor Presidente de la Comisión, es dar nuestra opinión personal: no estamos de acuerdo con el artículo, esa es la realidad. Creemos que no puede haber prueba inaccesible a la defensa. Una solución intermedia podría ser la especial valoración que debería hacer el Juez de una prueba de este tipo pero, con toda franqueza, ni eso nos convence. En todo caso, optaríamos por la solución de que la protección sea pública, con todo lo relativo del caso, y que haya sobres disponibles para el Juez, para el Ministerio Público y para la defensa. Se podrá decir que si lo sabe la defensa lo sabe el imputado y si esto es así seguramente sea él el factor de riesgo más alto para el testigo que se pretende proteger. La verdad no encontramos la manera de salir del entuerto sin afectar garantías elementales.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Actualmente está vigente la llamada «Ley Stirling» –por lo menos se conoce así en el foro–; estamos hablando de una ley que se creó cuando el escribano Stirling era Ministro del Interior. A este respecto, ¿saben si hubo alguna acción de inconstitucionalidad?

SEÑOR REAL.- No afirmo que no la haya, pero si la hay, no la conozco. Lo que ocurre es que, hace unos años, sentíamos que, en lo que tiene que ver con estos temas, estábamos discutiendo abstracciones. Hace poco fui consultado por la prensa sobre si la realidad de hoy evidencia acciones reivindicativas contra testigos o contra denunciantes. Yo, que voy a cumplir 34 años de defensor público criminal en Montevideo, hace cuatro o cinco años hubiera dicho que no conocía ninguna acción de ese tipo; pero resulta que ahora sí conozco unas cuantas. Es decir que este asunto pasa a ser algo tangible, que está instalado en la realidad. Ni por asomo quiero afirmar que se trata de una cuestión generalizada ni mucho menos, pero ya no puedo decir, como dije tantas veces: «No se preocupe; en mi vida no he visto alguna reacción de venganza». No puedo decir lo mismo porque ya está en nuestro conocimiento, y en el de todos los que trabajamos en esto regularmente, que existen unas cuantas acciones de este tipo. Es decir que el asunto adquiere ribetes que merecen una atención especial.

SEÑORA BEREZÁN.- Como decía el doctor Real, la redacción propuesta no es la adecuada y pensamos que debería ajustarse e instrumentarse que exista un solo sobre, accediendo el Ministerio público y la defensa. El gran cuestionamiento es que, evidentemente, la defensa no debería quedar excluida de la identidad del testigo. En el otro lado de la balanza está el equilibrio, lo cual no es menor.

SEÑOR PRESIDENTE.- El siguiente artículo sobre el que queríamos consultar es el 168 y al respecto tengo anotado que el Senador López Goldaracena dice que no entiende la razón por la cual el imputado no puede ser obligado a carearse.

SEÑORA BEREZÁN.- Evidentemente, teniendo en cuenta que el imputado no está obligado a declarar, pues tiene derecho a guardar silencio, puede negarse a hacer un careo. Si bien el careo está previsto como un medio de prueba, si él no quiere participar, esa prueba no se puede realizar. Aquí no se hace ninguna innovación, pues es lo que sucede en la realidad; es más, ayer un poco teatralizábamos con el doctor Real en torno a cómo se hacen los careos actualmente y pensamos que se trata de una prueba inconducente. Quizás si se hace en otro contexto y con otra modalidad, esa prueba pueda arrojar luz, pero en realidad yo no he visto que en los careos se conduzca a nada.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Entonces deberíamos ver cómo se compatibiliza esto con el 168.2, pues allí se expresa: «No procederá el careo entre el imputado y los testigos referidos en los artículos 163 a 166 de este Código», pero se puede proceder con otros testigos.

SEÑORA BEREZÁN.- Estamos hablando de testigos protegidos.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Entonces, en este caso el imputado está obligado a carearse con testigos.

SEÑORA BEREZÁN.- Específicamente no se realiza careo entre el imputado y los testigos protegidos, los cuales están descritos en los artículos 163 a 166, esto es, testigos menores de 18 años, testigos que no conozcan el idioma, testigos discapacitados, testigos intimidados y la víctima. Con cualquier otro testigo, sencillamente existe la posibilidad de que si el imputado quiere hacerlo, puede participar del careo.

SEÑOR REAL.- Para ordenar el tema, quiero decir que el careo es un medio de prueba, pero que exige el consentimiento del imputado si él va a ser parte del mismo. Esa es la regla. Cuando limitamos el careo o lo prohibimos en relación a estos testigos nos planteamos un escenario en el que el imputado admite hacer un careo o lo pide a través de su defensor. En esas hipótesis, el Juez no debería admitirlo cuando se trata de los testigos referidos en los citados artículos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Vamos ahora al artículo 204.1, que está referido a las cosas no reclamadas. Aquí se prevé que el tribunal podrá disponer el remate de las cosas secuestradas que no hubieran sido reclamadas y la señora Senadora Moreira propone introducir la expresión «previa confiscación» antes de decir que el Juez podrá disponer el remate.

SEÑOR REAL.- No compartimos la observación realizada porque estamos previendo una situación que justamente no se ha producido, porque la confiscación solo puede ser el resultado de una sentencia ejecutoriada. Acá se está previendo el archivo de una investigación en donde se produjo la incautación de bienes o efectos, o sea, donde no se arriba a una sentencia que resuelva sobre la situación. De lo que se trata es de dar una solución a una cuestión práctica que se está planteando regularmente sin fundamento legal y con algunos cuestionamientos: qué hacer con las cosas que están tiradas en el depósito judicial.

Si se parte de una presunción en el sentido de que se ha archivado una investigación en la que no hubo sentencia ni confiscación, pero tampoco hubo reclamo de restitución durante un año –podrían ser dos años o tres años o el plazo que se entienda pertinente, aunque la Comisión propuso que fuera de un año–, la cuestión es qué hacemos con esas cosas. Lo que se propone es que se rematen y el producido se deposite a la orden del Juzgado mientras dure el expediente para que sobre el dinero eventualmente se realicen reclamaciones o no se realicen nunca. Esa es un poco la idea. Entonces, creo que incluir el término «confiscación» limitaría el ámbito de aplicación de esta disposición a los casos en los que hay sentencia ejecutoriada y la Comisión pretendió regular otros también.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Tengo una pregunta en relación a las «cosas» –entre comillas– incautadas y la exhibición como medio de prueba. ¿Se tuvo en cuenta que pudieran existir bienes de naturaleza inmueble además de cosas muebles? En ese caso deberían hacerse algunos ajustes, porque en la Comisión nos preguntábamos si se estaría procediendo a remates sin embargo o de bienes muebles de naturaleza registrable, como es el caso de un automóvil o una determinada maquinaria mueble que es registrable, porque es objeto, por ejemplo, de prenda sin desplazamiento. Rematar sin previo embargo puede, quizá, generar problemas.

La pregunta que quiero hacer es si se tuvo en cuenta el universo de la distinta naturaleza de los bienes, si no se pueden realizar algunos ajustes para prever con mayor claridad el procedimiento de incautación, porque no es lo mismo incautar un bien inmueble. Pensemos en un caso ante los Juzgados del Crimen Organizado de bienes producidos por lavado de dinero, que no solamente se pueden limitar a bienes muebles. Se incauta el bien, pero no se reclama; como que esto está pensado para bienes de naturaleza mueble no registrables.

SEÑOR REAL.- Del propio texto surge «cosas secuestradas». Como el secuestro no opera sobre bienes inmuebles, creo que están excluidos. Desde ese punto de vista no operaría el obstáculo, pero el señor Senador tiene razón sobre los bienes muebles registrables, como es el caso de un automóvil, que puede dar lugar a una situación de mayor dificultad. Francamente no sé cómo se está resolviendo

esto en la actualidad, pero vemos con bastante frecuencia que se rematan una cantidad de automóviles. Como dije, no sé cómo se hace esto ni si existe una línea jurisprudencial o, incluso, alguna solución legal –que no conozco– al respecto, pero en la práctica se está haciendo. Podría tratarse también de un buque o una aeronave.

Reitero que esto se está haciendo, aunque no sé cómo. El espíritu fue que no se pueden tener las cosas eternamente, incluso, para conservar su propio valor. El hecho de que las cosas se transformen en dinero para evitar que se deterioren o sean robadas –que, en la práctica, es algo bastante común– puede beneficiar, en el futuro, hasta al eventual interesado que pueda reclamar.

Sin duda, la norma refiere a los bienes muebles. Creo que ese giro respecto a cosas secuestradas deja afuera el tema de los inmuebles, pero no resuelve –tiene razón el señor Senador– el de los bienes muebles registrables, salvo que ya esté resuelto por alguna norma legal que no conozco. Pero –reitero–, de alguna manera, esto se está haciendo en la práctica, no sé cómo.

SEÑOR PRESIDENTE.- El siguiente artículo a analizar es el 205, referido a la incautación de documentos. La señora Senadora Constanza Moreira entiende que debería exceptuarse al imputado de la obligación establecida en el artículo 205.2 y, a este respecto, solicita el parecer de la Comisión Redactora.

SEÑOR REAL.- No lo dice expresamente pero es muy claro que el imputado no está obligado a entregar pruebas en su contra. Por tanto, no es al imputado a quien se le puede requerir la entrega de documentos, aunque sí se le pueden incautar, contra su voluntad, en un allanamiento. No tendría ningún efecto la obligación en relación al imputado por el principio general de que no está obligado a dar ninguna prueba en su contra. En consecuencia, se le podrá intimar para que agregue algún documento pero, si no lo hace, ello no tendrá ninguna consecuencia jurídica. Si lo entrega será por entender que le conviene hacerlo; eso es parte de la libertad del ejercicio de su defensa.

Creo que no habría necesidad de excluir al imputado de esa obligación, pero no habría problema si se hace, sería como una ratificación, en el texto, de aquel principio general. De todas maneras, esa sería la solución legal para el caso.

SEÑOR PRESIDENTE.- De cualquier manera, está claro que si el imputado no se aviene a entregar la documentación que se le reclama, esta se puede incautar. El reclamo del imputado tiene el sentido de evitarle los inconvenientes, molestias o perjuicios que resultarían de un allanamiento o de una búsqueda realizada por otros medios, pero está claro que él no puede reservarse la documentación que le parezca porque, de esa manera, hasta podría impedir la investigación del delito. Esto lo entiendo así y me parece que la redacción, tal como está y debidamente interpretada en el contexto, deja a salvo todo lo que debe salvaguardarse. Esta es mi opinión.

En el artículo siguiente, el 207.1, a algunos se nos presentó la inquietud de que, al enunciar el elenco de los medios de comunicación –«envío postal, correo electrónico, dirigido o enviado al imputado»–, podríamos incorporar algún giro más amplio que hablase, por ejemplo, de mensajes de texto o comunicaciones similares, para dejar la puerta abierta porque la tecnología permanentemente está incorporando nuevos medios. Si nos limitamos solamente a hablar, por ejemplo, de correo electrónico, mañana esto podría quedar fácilmente superado –quizás ya lo está hoy– por los medios de comunicación que se utilicen.

SEÑORA BEREZÁN.- Eso es obvio; estamos absolutamente de acuerdo. La verdad es que hoy sería lindo recibir una carta manuscrita, pero la mandan por *mail.*

Es cierto que hay que pensar en algo más abarcativo. Ya sabemos que el acceso a la información o la intervención de determinadas redes sociales con servidores que no están en el país es imposible hoy porque la tecnología no lo permite, pero sí en cuanto a un mensaje de texto, como vemos permanentemente en los juzgados penales, en casos en los que Antel brinda información sobre el intercambio de mensajes de texto. Repito que habría que buscar más una redacción más adecuada.

SEÑOR PRESIDENTE.- El concepto queda claro, entonces.

En el artículo siguiente, el 208, me parece que también se aplican las mismas razones por lo que no vale la pena detenernos específicamente en la cuestión.

Antes de pasar al artículo 215, quiero trasladar una consulta sobre el 214, relativo al levantamiento del secreto bancario, porque estamos en el Capítulo correspondiente a los medios de prueba. Tenemos una norma que prevé el levantamiento del secreto bancario, pero el 214.2 también prevé «el bloqueo e inmovilización de las cuentas». Estaríamos yendo más allá de la simple prueba o, eventualmente, se podría ir más allá de la prueba y estar en el campo, por ejemplo, de las medidas cautelares. Además, señalo que aquí no hay referencia al imputado; de manera que las facultades del Tribunal estarían referidas al secreto bancario aun de terceros, por ejemplo, de testigos. Lo propio se puede decir respecto al bloqueo e inmovilización de las cuentas, y esto tiene sus bemoles. Tal vez haya que acotar la redacción al imputado, por lo menos en lo que tiene que ver con el bloqueo e inmovilización de cuentas. Podría decirse que el buen sentido del Juez, en fin, hará que se mueva en los términos que corresponda, pero tal vez no esté de más preverlo.

Me parece que estamos regulando medidas cautelares en el campo de las medidas probatorias y que eso puede generar alguna duda o inconveniente.

SEÑOR REAL.- Puede ser que haya ahí un tema conceptual, pero el levantamiento del secreto bancario no se hace más que por remisión a la norma de Decreto Ley Nº 15.322, que es la ley general, y esta disposición no establece ninguna derogación a ese respecto.

Es cierto que el artículo 214.2 no refiere al imputado. Evidentemente, cuando hablamos del bloqueo de cuentas nos referimos al caso del lavado de dinero, de cuestiones de esa naturaleza, y puede haber algunas a nombre de personas jurídicas propiedad del imputado. Y hablamos del bloqueo, del dinero depositado en cuentas resultantes del lavado, que serían efecto del delito. Entonces, nos pareció natural que el Juez, que hace la investigación a pedido del Ministerio Público, pudiera tener esa facultad.

Insisto: estamos hablando de incautar documentos, títulos valores, sumas depositadas. En realidad, incautar una suma depositada es como, de alguna manera, bloquear la cuenta o impedir que se disponga de ella hasta la resolución posterior. Por cierto, como toda resolución puede ser recurrida, controlada si hay terceros afectados. En fin, creo que está dentro de las facultades normales de los jueces, especialmente de los del crimen organizado, pero ello no obsta a que pueda tener un trámite por la justicia ordinaria común.

Me parece que no estaríamos afectando el principio de derecho, pues hablamos de una decisión judicial adoptada a pedido del Fiscal en el marco de una investigación relacionada con el hecho. Obviamente la decisión debe estar fundada. De lo contrario, correríamos el riesgo –es el ejemplo que surge enseguida– de que el dinero producto del lavado desapareciera rápidamente, es decir, que hubiera una estafa. Ante cualquier atisbo de investigación, nada más fácil que hacer una transferencia electrónica.

SEÑOR LÓPEZ GOLDARACENA.- Suponiendo el escenario en el que la Comisión Redactora estuviera de acuerdo con la propuesta, ¿no sería mejor incorporarla en el Capítulo referido a la incautación y no en el que se encuentra actualmente, relativo al levantamiento del secreto bancario, pues estamos hablando de incautación de valores, de derechos?

Quedó clara la fundamentación de la Comisión Redactora, pero nos parece que la disposición no está ubicada en el lugar preciso.

SEÑOR REAL.- Creo que es razonable que no se ubique en el Capítulo referido a las pruebas, porque es obvio que no estamos hablando de pruebas, aunque pueden servir de tal. Por ejemplo, puede darse el caso de que alguien tenga millones de dólares en una cuenta bancaria y no pueda justificarlos con sus ingresos. Ese también puede ser un indicio de prueba importante. Estoy razonándolo ahora.

También se podría evaluar como una forma de prueba; desde el momento en que se abre el abanico de toda prueba lícita, podría ser visto de esa forma.

SEÑOR DA ROSA.- De cualquier manera este es un tema que vamos a discutir en la Comisión. Advierto que son temas íntimamente ligados; es muy difícil separar el tema del levantamiento del secreto bancario de la existencia de cuentas que pueden, eventualmente, ser bloqueadas porque hay necesidades, a veces, de urgencia, de rapidez para actuar. Repito: me parece que no es fácil separar los temas, más allá de que desde el punto de vista de la técnica legislativa son conceptos diferentes y deberían estar en Capítulos distintos. Pienso en la aplicación práctica de la norma: no es sencillo separar una cosa de la otra. En fin, discutámoslo cuando tratemos el tema en Comisión.

SEÑOR PRESIDENTE.- En el artículo 215 habíamos anotado que era conveniente consultar a la Comisión acerca de la necesidad o no de referirnos una y otra vez a la resolución fundada. Ya hemos hablando sobre eso y creo que no es preciso volver sobre el tema.

En el artículo 217 había hecho alguna observación –o por lo menos consta en mi borrador– pero ahora no recuerdo el fundamento, el motivo que me llevó a formularla en su momento. Por lo tanto, depongo la observación.

El artículo 218 refiere a una cuestión de efectos de recursos y como creo que tiene ciertas complejidades, me parece que no es conveniente abordarlo ahora porque nos quedan pocos minutos para llegar al término de la sesión, que inclusive ya está un poco estirado respecto al horario que veníamos manejando. Por lo tanto, si están de acuerdo propongo terminar aquí el trabajo de hoy y retomarlo el jueves próximo –si la doctora Berezán y el doctor Real pueden venir– a partir del artículo 218.

Agradecemos la comparecencia de la doctora Berezán y del doctor Real, y los esperamos nuevamente el jueves próximo a la hora 10.

Se levanta la sesión.

(Es la hora 12 y 28 minutos.)